

JUAN CARLOS RODRIGUEZ LEON

ABOGADO

Calle 108 No. 48-47 Bogotá, D.C.

cel. 3228995125

Email: director@juancarlosrodriguezabogados.com

Señor

Juez 86 Civil Municipal de Bogotá

E.S.D.

Referencia

Proceso: Ejecutivo Singular

Demandante: Seguros Comerciales Bolivar S.A.S.

Demandada: Grupo Editorial El Periodico SAS

Sysco SAS

Industria Colombiana de Confecciones y Dotaciones HS SAS

Radicación: 2018 - 1061

**Asunto: Recurso de Reposición contra mandamiento de pago
(demanda acumulada)**

Juan Carlos Rodríguez León, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado número 91.099 del C.S.J., en mi calidad de Apoderado Especial de las sociedades demandadas dentro del proceso de la referencia, me dirijo muy respetuosamente a este despacho dentro del término legal oportuno con el fin de presentar recurso de reposición contra el auto de mandamiento de pago (demanda ejecutiva acumulada) de fecha 31 de octubre de 2018, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA:

EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL: Al ser de naturaleza indemnizatoria carece de claridad y exigibilidad y no puede ser cobrada por vía ejecutiva

La indemnización de perjuicios no puede cobrarse como pretensión principal dentro de un proceso ejecutivo, pues el juez(a) tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo en tal sentido y ello procesalmente no es aceptable desde ningún punto de vista, puesto que sería necesario que haga una valoración probatoria, lo cual es una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo y más particularmente al auto de mandamiento de pago.

En consecuencia, si la actora lo que reclama es la indemnización de perjuicios deberá acudir, previamente, al proceso declarativo, por lo que mientras no se reconozca en una sentencia, esta cláusula penal no será ni clara ni exigible.

Unos primeros postores predicán que la cláusula penal no puede ser cobrada en un proceso ejecutivo porque primero debe ser probado y declarado el incumplimiento del demandado en un proceso declarativo.

La tesis se apoya en que la pena es una obligación condicionada al hecho futuro e incierto del incumplimiento y que, por tanto, resulta necesario probar dicha condición para hacerla exigible. Encuentra acomodo en el artículo 1542 del C.C., que dispone que "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la

JUAN CARLOS RODRIGUEZ LEON
ABOGADO

Calle 108 No. 48-47 Bogotá, D.C.

cel. 3228995125

Email: director@juancarlosrodriguezabogados.com

condición totalmente"; en el artículo 1592 del mismo código, que establece que la pena se hace exigible cuando el deudor "no ejecuta o retarda la obligación principal"; y en el artículo 490 del C.P.C. -427 del C.G.P.-, que prescribe que para hacer exigible ejecutivamente una obligación condicional debe allegarse con la demanda "la prueba del cumplimiento de la condición".

Sobre el particular, Ospina Fernández explica:

"Surge también esta característica de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (art. 1592). Trátase, por tanto, de una condición, ya que al tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempo debidos (art. 1530).

"(...)

"Además, la condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición (incipit a conditione) (art. 1536). Por ello dispone el artículo 1594: "Antes de constituirse el deudor en mora [si la obligación es positiva], no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...". Esto es claro: la obligación penal todavía no ha nacido. Y si la obligación principal es negativa, mientras el

deudor no realice el hecho prohibido, el acreedor tampoco puede exigir la pena, porque, según las voces del artículo 1595, en esta solo se incurre "desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse" (Ospina Fernández, 2008, pág. 145).

La tesis ha sido expuesta por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente" (Inselec Ltda. contra Emcali E.I.C.E., 2001).

También por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja de la siguiente forma:

"Sobre el segundo aspecto, respecto a la cláusula penal, por hallar su fuente jurídica en el incumplimiento de uno de los contratantes, su demostración no puede surgir del mismo contrato toda vez que lo hace de hechos posteriores, por lo que cuando se reclame ha de cuestionarse el incumplimiento, para lo cual es escenario ideal el proceso declarativo" (Huertas Castelblanco contra Veloza Estupiñan, 2007).

JUAN CARLOS RODRIGUEZ LEON

ABOGADO

Calle 108 No. 48-47 Bogotá, D.C.

cel. 3228995125

Email: director@juancarlosrodriguezabogados.com



485
27

E igualmente puede apreciarse en las siguientes providencias judiciales:

- Juzgado 6 Civil Municipal de Medellín, Auto del 26 de febrero de 2007, Rad. 20060160. - Juzgado 6 Civil Municipal de Medellín, Auto del 2 de abril de 2006, Rad. 2009-0236. - Juzgado 16 Civil del Circuito de Medellín, Auto del 1 de junio de 2009, Rad. 20090169.

- Juzgado 16 Civil del Circuito de Medellín, Auto del 12 de febrero de 2010, Rad. 20090593. - Juzgado 19 Civil Municipal de Medellín, Auto del 28 de octubre de 2003, Rad. 20031110. - Juzgado 20 Civil Municipal Medellín, Auto del 13 de junio de 2009, Rad. 20090686 - Juzgado 20 Civil Municipal Medellín, Auto del 20 de febrero de 2012, Rad. 20120078. - Juzgado 20 Civil Municipal Medellín, Auto del 24 de septiembre de 2007, Rad. 20070745. - Juzgado 20 Civil Municipal Medellín, Auto del 29 de julio de 2013, Rad. 20130583. - Juzgado 20 Civil Municipal Medellín, Auto del 30 de mayo de 2013, Rad. 20130495. - Juzgado 21 Civil Municipal Medellín, Auto del 13 de marzo de 2009, Rad. 20090150. - Juzgado 21 Civil Municipal Medellín, Auto del 5 de mayo de 2009, Rad. 20090385. - Juzgado 23 Civil Municipal Medellín, Auto del 24 de junio de 2014, Rad. 20140710. - Juzgado 27 Civil Municipal Medellín, Auto del 31 de mayo de 2011, Rad. 20100266. - Juzgado 27 Civil Municipal Medellín, Auto del 26 de julio de 2011, Rad. 20100128. - Juzgado 28 Civil Municipal Medellín, Auto del 5 de agosto de 2014, Rad. 20141397. - Juzgado 27 Administrativo de Medellín, Auto del 21 de enero de 2013, Rad. 20130005.

SEGUNDA:

Tampoco no es posible cobrar la pena en un proceso ejecutivo porque, siendo propia de contratos bilaterales, resulta necesario que el demandante pruebe que cumplió o se allanó a cumplir con sus obligaciones para así exigir que el demandado cumpla con las suyas o exigir la pena por incumplimiento, cosa que sólo podría hacerse en un proceso declarativo.

Lo anterior encuentra sustento en el artículo 1546 del C.C., que consagra la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales y dispone que sólo el contratante cumplido o que se haya allanado a cumplir puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, junto con la indemnización de perjuicios; y además en una interpretación del artículo 1609 del mismo código, que establece que ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplir lo que le corresponde.

De igual forma, es apoyada por el tratadista Darío Preciado Agudelo al manifestar:

"... teniendo en cuenta el principio procesal de la simultaneidad de las obligaciones, según el cual el actor debe comprobar la efectividad de sus obligaciones como condición previa de su acción judicial, de tal modo que no puede exigir la prestación de la parte contraria sin haber él realizado la suya; según esto, el juez tiene que investigar



JUAN CARLOS RODRIGUEZ LEON

ABOGADO

Calle 108 No. 48-47 Bogotá, D.C.

cel. 3228995125

Email: director@juancarlosrodriguezabogados.com

si el demandante si ha cumplido su prestación, indagación que no es posible sino dentro de la vía ordinaria" (Preciado Agudelo, 1997, pág. 175).

La tesis también puede apreciarse en las siguientes providencias judiciales:

- Juzgado 7 Civil Municipal Medellín, Auto del 12 de junio de 2013, Rad. 20130532. -
- Juzgado 7 Civil Municipal Medellín, Auto del 26 de junio de 2013, Rad. 20130440. -
- Juzgado 23 Civil Municipal Medellín, Auto del 23 de marzo de 2006, Rad. 20050889.

Por lo anterior solicito:

1. Se reponga el auto de fecha 31 de octubre de 2018
2. Como consecuencia de lo anterior se niegue el mandamiento de pago señalado en el numeral 1 de dicho auto.

Del señor Juez,

Juan Carlos Rodríguez León
C.C. 79.507.062 de Bogotá
T.P. 91.099 C.S.J.